

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



docsriver.com
商家本本店



大师经典·通俗阅读



司法过程的性质 及法律的成长

(美) 卡多佐 著 张 维 编译



*The Judicial Process &
The Growth of The Law*

英美法系法官裁判的典范样本

北京出版集团公司
北京出版社

TO READ MASTERS' WORKS
IN AN EASY WAY

西方经典悦读

The Nature of the Judicial Process & the
Growth of the Law

司法过程的性质 及法律的成长



佐多卡(美) 著 | 张维 编译



NLIC2970800115

北京出版集团公司
北京出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

司法过程的性质及法律的成长 / (美) 卡多佐著 ;
张维编译. — 北京 : 北京出版社, 2012.5

(西方经典悦读 / 杨玉成主编)

ISBN 978-7-200-09270-7

I. ①司… II. ①卡…②张… III. ①司法制度—研究—美国 IV. ①D971.26

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第089816号

西方经典悦读

司法过程的性质及法律的成长

SIFA GUOCHENG DE XINGZHI JI FALÜ DE CHENGZHANG

(美) 卡多佐 著 张 维 编译

*

北京出版集团公司
北京出版社 出版

(北京北三环中路6号)

邮政编码: 100120

网 址 : www.bph.com.cn

北京出版集团公司总发行

新华书店经销

北京画中画印刷有限公司印刷

*

787毫米×1092毫米 16开本 11.25印张 146千字

2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷

ISBN 978-7-200-09270-7

定价: 23.80 元

质量监督电话: 010-58572393

编者的话

将经典学术名著全新通俗化编译的《西方经典悦读》经过精心准备终于面世了。对这套丛书在尊重和保持原作权威、经典的基础上进行通俗化的编译，目的是减少阅读障碍，使读者在享受轻松阅读的同时，对西方历史文化有所了解。

说起来很有意思，策划这样一套大型普及型丛书，源于一次常规的新编辑培训。其间有老编辑教育新人，要想成为一名合格的编辑，涉猎一定要广，多读书至关重要。大家很自然地谈起应该读什么书，于是亚里士多德、孟德斯鸠、休谟、卢梭、黑格尔、达尔文、马克思、爱因斯坦等一批对人类影响深远的人文社会科学、自然科学大师的名字及其相关著作被提了出来。但接下来的即兴调查却让人大吃一惊！在座的新老编辑近三十人，无论从学历还是所从事的职业看，都应该属于博览群书的人，但通读过《政治学》、《战争论》、《相对论》的竟然没有；读过《人性论》、《法哲学原理》、《资本论》的仅有一人；读过《社会契约论》、《物种起源》、《国富论》的也只有两人……由此看来，对这些名家名著我们几乎都是只闻其名未见其详，阅者寥寥，令人汗颜。

为什么从中学到大学都耳熟能详的这么多传世经典学术名著，我们居然都没有拿起来读一读，真值得好好反思一下。

于是我们就此进行了简单的问卷调查，结果可想而知，上面提到的这些西方经典学术名著，读者阅读率低得惊人。令人欣慰的是，同样的调查也表明，相当多的人从中学时代开始就非常想读这些“人人皆知”但“人人皆未读过”的西方学术经典。之所以一直没有读过，与这些经典著作艰

涩难懂或篇幅太长有很大关系。作为普通读者，大家只是想从整体上去了解这些学术名著，而并不需要深入研究。所以，几千年上百年的历史跨度、不同时期的艰深译文、动辄几十万上百万字的鸿篇巨制……都成为挡在学术名著与普通读者之间的鸿沟，是阻碍经典学术名著从“人人皆知”到“人人皆读”转变的关键！

要实现这种转变，让经典学术名著通俗易懂、变繁为简最重要。换言之，就是要让尽可能多的人对这些经典学术著作想读、能读、爱读。虽然现在我国的出版事业极其繁荣，然而多数学术经典名著至今却尚未有通俗普及本，这不能不说是一件憾事。历史上，康德曾不得不作《未来形而上学导论》，以相对通俗的表述推广普及其《纯粹理性批判》；休谟更不得不作《人类理智研究》，乃至尝试亲自撰写《〈人性论〉摘要》，以补救其艰深的《人性论》出版时所遭到的冷遇。

鉴于此，我们在广泛征求有关专家学者意见的基础上，精选出几十部西方经典学术名著，组织一批学有专长的青年学者，进行全新的编译，推出了这套《西方经典悦读》，希望普通读者也能来共同领略经典名著的思想精髓，从而达到丰富知识和充实、提升自我的目的。

出于这个目的，在内容上，我们一方面将一些大部头经典做了瘦身，力求这个版本能化繁为简，提炼出原著精华；另一方面也对一些文字量虽不多，但因时代久远或表述拗口的知名精短著作进行了语言通俗化的梳理。同时在封面、版式设计上，我们也尝试改变传统学术著作的固有风格，力求简洁清新，从而更方便各类读者轻松、快速地阅读。对于没有能力也没有时间“啃”原著的读者来说，希望这套《西方经典悦读》有“替代”原著的作用，能满足大致了解原著的基本需要；同时，我们也希望这套丛书能够引发大家对西方经典的阅读兴趣，并随着年龄及阅读能力的提高，为最终阅读原著起到引导入门的作用。

当然，要实现这样的出版初衷难度很大。目前对国内外文学作品的简写或改编的尝试较多，有些也较为成功，而对于人文社会科学乃至自然科学学术名著的简写或改编的尝试则比较少，像我们这样成规模重新编译改写的更是很少见到。

有些朋友质疑我们将经典通俗化的意义，认为原著难懂可以去看解读

文章啊。我们以为，尽管有些经典名著可能不乏有解说性的文本，但这毕竟只是解说，而且还是解说者的“一家之言”，既无法让读者看到作品的原有概貌，也无法让读者领略到作品原有的内涵和韵味。所以，能够通俗展现经典学术著作的原汁原味必要且重要。

大师们的学术著作所表达的很多观点在今天看来似乎顺理成章，但在当时都是超前的思想火花，所以对这些先进思想的表述，不可能在当时的历史背景下就达到通俗易懂、传播普及的水平。正是经过时间长河的积淀和考验，通过现代人自身的理解，才能将其更好地诠释出来。

文化只有传播与借鉴才能彰显其价值。近一个时期以来，对中国古代传统文化的开掘与推广非常引人注目，并催涨起学习传统文化的热潮。在这样一个背景下，我们也希望西方的先进文化思想能够引起大家关注。与“世界接轨”的口号喊了很久，而人们的理解似乎还停留在只要采用一些西方的技术和方法就是与世界接轨的层面上。殊不知，我们今天所见到的西方文明，无不有其历史、文化的根源，是诸多西方思想家、科学家对社会、对自然长期思考的结果。如果仅从其外部现象或技术角度进行模仿，是难以深入了解西方之所以先进的深层内涵的。所以我们要想真正做到“与世界接轨”，首先就应该“让思想先行”。《西方经典悦读》丛书就是本着这样的理念，对西方经典文化进行推广普及，希望能让更多的读者分享到人类思想的硕果。

我们和众多专家学者一起，经过一段时间的努力，终于迎来了丛书面世的一天。我们不敢奢望像康德和休谟自己改写其著作那样使这个通俗普及本也成为经典，但我们确实希望这套丛书能够使广大读者对经典不再望而生畏，真正实现对学术经典的轻松“悦”读。

最后，我们还是想说，编译毕竟不能替代原著。希望阅读完这套丛书后，有更多的读者有兴趣和勇气，并且满怀敬意地去研读经典原著，更为直接地感受和领略大师的思路历程。

英美法系法官裁判的经典样本

作为美国历史上最伟大的法官之一的本杰明·N·卡多佐(1870—1938)，从来都不缺狂热的追随者和坚定的信仰者。无论是在他身处的那个时代，还是斗转星移后的今天，卡多佐所被关注的热度似乎从来都不曾减退过。任何一个对司法有兴趣的人、任何一个以法律研究为业的人，都不可能绕过卡多佐及其经典名著《司法过程的性质》去揣测何谓法律、司法及深藏于其中的精神及技术。

法官如何作出一个令人信服的判决，这几乎是每一个人尤其是法律人最为困惑也最感兴趣的话题。那么，就让我们跟随在其任职期间“静悄悄地”完成了普通法的革命的大法官卡多佐，到他的人生和著作中去寻找答案。



卡多佐的一生原本就是充满故事的一生。1870年5月24日出生于纽约当地一个著名犹太闪族家族的卡多佐和他的孪生妹妹，是这个家里最小的孩子。卡多佐的父亲艾伯特，就是纽约州最高法院的一名法官。只是卡多佐出生后不久，艾伯特就因为曾给人司法好处，恐遭弹劾而被迫辞去法官职位，进入律师行业。卡多佐童年时代就经历丧母之痛，九岁时，母亲离开了他。不幸在六年后再次降临，父亲也去世了。此后，卡多佐最大的姐姐艾伦成为他的依靠，并抚养他长大成人。自15岁开始，卡多佐到哥伦比亚大学学习。四年后毕业时，他已

经是全班成绩最优秀的学生，随后又进入哥伦比亚大学法学院学习。但两年后，未等获得学位，他就离开了法学院，进入了父亲昔日的律师事务所。有猜测认为，此举或是为了维持生活。

卡多佐的律师生涯毫无疑问是成功的。在律师界获得极好声望的他，顺理成章地成为纽约最高法院法官。在从事法律实务工作20多年后的1913年，卡多佐被提名为纽约最高法院法官的民主党候选人并顺利当选。在州最高法院的位置上仅仅一个月后，卡多佐又被调到纽约上诉法院协助处理工作。1917年，卡多佐正式当选为纽约上诉法院法官。在此期间，他日渐成长为对美国普通法产生影响力的法官。在卡多佐所发表的言辞中，总有一些回应现实需求的独特见地，包括对新形势下侵权行为、契约、刑事等问题的再认识，都使得他在美国法律界具有了举足轻重的地位。在司法活动之外，他还积极参与法学理论界的活动。他是美国法律协会的创始人之一，也是法理学领域的著名演讲者。所有这些都使其更加声名显赫，并获得了更多的认可。1927年，他当选为纽约上诉法院首席大法官。1932年，他又被胡佛总统任命为联邦最高法院大法官，接替了著名的法学家霍姆斯大法官的职位。当年，正是霍姆斯大法官退休之年，尽管卡多佐并未寻求提名，但从联邦最高法院的大法官包括霍姆斯本人到普通律师，从哈佛、耶鲁和哥伦比亚大学等法律院校那些享有威望的校长们到劳工和企业界的领袖们，都以卡多佐为不二人选。1932年2月15日，卡多佐获得总统提名，几天后未经参议院唱票，就获得了一致通过。《纽约时报》作出如是评论：“一项任命受到如此普遍的赞扬，这在最高法院的历史上，即使不是前所未有的，也是极其罕见的。”

就在卡多佐担任联邦最高法院大法官的那段时期，正值美国经济大萧条时期，政府锐意变革，而法院则常常难于达成一致。卡多佐的作用尤为凸显：他为政见分歧的盟友发言，论证政府有权为促进经济调整制定社会福利纲领，从司法方面以卓有成效的行动支持了罗斯福“新政”立法，推动了美国宪法及美国社会经济制度的多项变革。尽管在最高法院的时间不算长，但是，短暂的时间已经足以让他被评为伟大人物且完全当之无愧。有学者称“在宪法年鉴和历史上没有一个法官曾经在这样短暂的年月里作出过这样经得起时间考验的贡献”。

命运只允许他在最高法院的职位上任事六年多。在进入最高法院时，卡多佐就已疾病缠身，但他仍承担着繁重的事务。1937年，一次心脏病将卡多佐击倒，1938年夏，他永远离开了自己的岗位，撒手人寰。卡多佐一生都没有结过婚，有人认为，这与他内向害羞的性格以及将全部精力投入于工作而又少有社会交往等因素相关。此外，基于族群的原因，他不可能和纽约闪族社区以外的人结婚，因此择偶范围受到了很大的限制，这或许可以让我们更容易理解为什么卡多佐终身未婚。

如果我们想要多一点儿了解是什么促成卡多佐光辉的一生的话，我们可以转向对卡多佐性格的认识。就目前可见文献来看，至少可知他能力很强，工作勤奋，喜欢读书，谦和有礼。据说，经他手的所有法律意见书都是他亲自动手写的，而并非有法律助理或他人代其完成。他的观点很少与律师或者下级法院法官截然对立。波斯纳在《卡多佐：声望的研究》（张海峰译）一书中对卡多佐性格的总结可谓全面而深刻：“第一，他温和、羞怯内向，至少不蛮横。第二，他有着非常好的习惯。第三，他对别人的赞扬都是感情的真挚流露，他不是过分的阿谀奉承，因为他的情感流露对象包括那些无助于他升迁的人，譬如他的法律助理。第四，他对别人的感情总是考虑周到，另外，从来不考虑能否给自己任何可能的利益。第五，他是一个谦虚的人，不是那种虚伪的谦虚。他不乏自尊，不会无视自己是一位杰出的法官，但是，他知道杰出的人物甚至更容易犯错误，所以有很多要向别人学习，包括向年轻人学习。第六，卡多佐是一个非常中庸的人。他没有极端的观点，无论是政治上的还是方法上的，没有激烈的信仰；他不是个社交高手。他是一个谨慎的自由主义者、中庸的改革论者，在他的时代稍微持进步观点，但不是持那种大众反对、可能激怒他的激进观点。”



《司法过程的性质》的成书建立在一个讲演稿的基础上，该讲演稿本是卡多佐在耶鲁大学法学院所作的，为纪念该学院一个已故毕业生阿瑟·P.麦金斯特里的。在讲演开始之前，卡多佐自认为这个讲演不会令多少人感兴趣，而校方在场地的安排上也犯了错误，最初定在一个小教室里。但事实远远出乎预料，观众人数不断增加，最后耶鲁大学法学院不得不作出调整，将其安排在了耶鲁最大的讲堂。该讲演被认为是卡多佐对自己多年担任法官经验的一个总结，也是“对美国自霍姆斯以来形成的实用主义司法哲学的一个系统的理论化阐述”，后世也多将其评价为“卡多佐的第一部用心之作”。该讲演一经发表，就引起了轰动效应，从那时开始，它就在美国法学界和法律界享有盛誉，获得了高度评价，并成为美国法学界与法律界最广泛引用和学习的著作之一。甚至被认为是和卡多佐所属的现实主义法学流派所对立的德沃金，都承认自己从卡多佐的这些讲座中得到了很大的灵感和启发。卡多佐在讲演中所列举的遗产继承案，成为德沃金在他的著作《认真对待权利》和《法律帝国》中分析问题与提出理论的引子。这种从疑难案件着手的研究方法，与卡多佐可谓如出一辙。

司法过程的性质是什么？每一个法律人，尤其是整日浸淫于其中的法官们，都要面对和审慎思考这个重要课题。曾几何时，受到19世纪主流法学思想即法律形式主义的影响，人们将法律仅仅当做一套无所不包、法官只需机械适用即可的规则体系而已。然而，以此方式进行的司法裁判并没有足够能力去解决纷繁复杂的社会纠纷，甚至导致法律的停滞不前，并成为社会前进的羁绊。因此，法官以什么方式进行司法活动就成为一个必须着力解决的问题。卡多佐的《司法过程的性质》，就很好地回应了上述问题。他给人们展示了一个司法判决形成过程的全景及其中所运用的各种方法，并对这些方法在法官审理案件中如何被选择、平衡和应用进行了细致的分析，指出司法过程的实

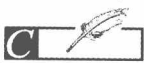
质就是法官在遵循先例的前提下创造法律的过程。

普通法下法官日常处理的案件，在卡多佐看来，可以分为三类：在第一类案件中，事实清楚，规则的适用简单明了，法官只需要解决“对事实如何适用法律规则”的问题，这对法官来说最易操作。大多数案件均属此类。在第二类案件中，事实倒也清楚，规则也相对确定，只是在规则适用上却易形成多种可能性。在这种情况下，法官必然需要在各种可能中进行甄别考虑，选出最为合适的那种。在第三类案件中，事实非同寻常，而可适用的规则又在现有法律中难以寻到，或者即使有却模糊不清，这就导致判决结果会因之不确定。这对法官的要求就更高。法官需要进行周密权衡，审慎揆度，作出最符合正义的判决。而正是在这一过程中，法官承担起了立法者的职能，即所谓的“法官造法”。司法过程的最高境界也体现在这类案件中，即并非只是发现法律而是“创造法律”。这一类案件就是我们通常所谓的疑难案件，尽管它们的数量比较少，甚至很少，但是法官们因为它们所伤的脑筋和耗费的时间可不少，因此非常有必要对法官处理这类案件的方法进行充分讨论。

卡多佐将法官决断疑难案件时运用的方法和力量具体归纳为逻辑的方法、历史的方法、习惯的方法和社会学的方法四类。一是逻辑的方法，也称做类推的规则或哲学的方法。即以法律为大前提，后以事实为小前提，再运用形式逻辑推理得出判决结果。二是历史的方法，也称做进化的方法，即法律原则沿着历史发展趋势发挥功能。三是习惯的方法，也称做传统的方法，即法律原则按照社会的传统或习惯路径发挥功能。四是社会学的方法，即法律原则按照正义、伦理和社会福利、当时的社会风气发挥功能。

卡多佐对第四种方法尤为看重。他指出，法律的目的正是实现社会福利，体现社会正义，而社会正义包括各种社会道德、正义观念、公共政策等在内的多元的、复杂的、不断变化的混合体，都构成了社会正义。司法必须将自身与社会实际紧密结合，才能真正实现司法的目的与功能，并由此引出法官的定位和社会学方法在法官如何在空白处造法——遵循先例、法官造法。他肯定遵循先例是司法过程中的一项基本规则而非例外，同时指出法官只能在“法律的空白处”立法。

卡多佐认为，法官造法并非因为法官具有高人一等的特殊造法才能，而是因为处于特定环境下的法官必须如此。在《法律的成长》中，他进一步表述了自己的这一思想，指出法官通过纷繁复杂的个案案情，对于社会现实和社会所追求的正义会有更多的了解，他更能集中精力把原则运用到个案中，通过逐案调整法律的方式使得法律更加适应社会的变化。该书本是卡多佐于1923年10月在美国耶鲁大学所做的演讲的总结。它历来被认为是对《司法过程的性质》的演讲中所陈述观点与论据的补充。卡多佐指出，法律既需要稳定，又不能僵化不变。为了在法律的稳定与发展之间寻求到某种平衡，这就需要某种哲学来解决这方面的冲突，以提供法律持续生长下去的原则。法律的生长历程，正是不断回应因社会发展而产生的新需求而随之调整的过程。如何在日新月异的现实需求与刻板的司法传统中保持平衡，促使法律良性生长，就需要给予它充分的养料。而这养料便是法哲学对于法律的起源、发展、目的和功能的阐释。为了便于全面了解卡多佐关于司法过程的思想，《法律的成长》也纳入本书中一并供读者参考。需要说明的是，限于篇幅，我们在编译过程中将《法律的成长》第五讲的内容做了一些节略。《法律的成长》第五讲的内容主要是对第四讲的再补充，观点与前文基本相同，因此对其中一些重复的或不重要的论述做删减，并不会影响读者对卡多佐思想的理解。



卡多佐生活的年代具有特殊的时代背景。美国在完成南北战争之后，经济迅速发展，19世纪末20世纪初已跃为头号资本主义强国。在美国工业化、城市化高速发展的社会里，产生于农业社会并主要回应农业问题的普通法已不能适应多变的社会现实，尤其是作为其基本精神的“严格遵循先例”原则已无法调整日益复杂的社会关系。而在此时诞生的实用主义法哲学无疑有了一种“应运而生”的意味。它所内含的多种思想如重经验轻逻辑，将法律从刻板的“本本上的法”解放出

来,使之成为“活的法”;承认法官在判决中的自由意志作用及创造性的立法活动;讲究法适用的便利与正义的协调等,在带来法理、司法等各部门的一系列变革的同时,也就解决了这一难题——实用主义法哲学对于美国最实用的,就是审判方式的“严格遵循先例”的英国法精神向自由主义的美国法精神的转变。这样的变革并非源自法学界的倡导,而是由从事法律实务的法官完成的。不仅包括实用主义法学的创始人霍姆斯,而且还有“在其任职期间‘静悄悄地’完成了普通法的革命”的大法官卡多佐。例如,在著名的“麦克弗森诉别克轿车公司”这个案件中,卡多佐提出了一个后来为普通法所普遍采用并影响了现代各国产品责任法或消费者权益保护法的原则,即产品制造商和购买产品的个人之间存在一种隐含的安全保证,即使其间有零售商这个环节,因此,如果消费者因使用产品而受到伤害,那就可以对产品的制造商提起诉讼。这就表明了卡多佐对于法律的现实主义和实用主义的理解。

能够体现卡多佐法律思想的主要是他发表的著作以及大量的司法意见。在卡多佐的那个时代,很少有美国联邦最高法院的法官著书立说,而卡多佐就是其中为数不多的几个人之一。他的文字明确简洁、精致完整,包括那些出自他手的司法意见,也被认为学术意蕴丰富。他的学术著作中以《司法过程的性质》最为经典,此外,还有《法律的成长》(1924)和《法律科学的矛盾》(1928)。在他去世以后,有人汇集他的论文出版了《卡多佐文选》(1947)。但是在所有的著作当中,最能体现他的思想的便是《司法过程的性质》。卡多佐经久不衰的地位源自于他的司法裁决方法。他是第一位告诉我们法官如何判案、如何造法并暗示为何会这样做的现代法官。而这些思想正集中体现于这本于1921年宣读、出版的系列讲演集。

上述这些思想或许并非全是卡多佐的独创和首创,但是将其加以系统化、理论化的表述却是他的贡献。尤其是在卡多佐之前,尽管霍姆斯就已经阐述了反对那种僵化的布莱克斯东式对普通法理解的观点,但卡多佐却是第一个指出了法官在司法中应该怎样去开辟一条道路,去“填补法律空白,弥补法律形式化带来的缺陷”的人。他在书中多次将法官判决比作一个包含有各种化学成分的“化合物”,司法

过程也就因之成为一个制作化合物的过程。并强调，构成这一“化合物”的各种成分并非杂乱无序地随意丢在一起，它们的组合与各自的比重总是遵循着一定原则的。而要弄清楚这些原则，就涉及法官为了实现社会正义，在哲学、历史、传统以及社会学这四种方法性资源中如何取舍。

通读全书，也许读者并不能在该书中直接寻找到“司法过程的性质是什么”的答案，但对法官是如何判案的，而判案过程又是如何完整呈现出来的，相信人们都会了然于心。司法过程的真正目的和功能不为别的，正是为了实现社会福利和社会正义，司法过程的性质就是法官在遵循先例的前提下创造法律。卡多佐这些见解独到的观点，突破了自19世纪以来法律形式主义对司法界的束缚，使司法成功摆脱了恪守先例的禁锢，对推动美国司法更具活力地顺利前行，具有显著的历史影响和重要的现实意义。

值得注意的是，卡多佐尽管在倡导法官突破先例上是个先行者，但这不代表他就是一个绝对的理想主义者，事实上将他称为“中庸的实用主义者”似乎更为妥帖。在他看来，法官可以适时造法，却也应受到先例、习惯、社会生活的约束；判决会受到法官个人因素的影响，但司法判决仍应当由法官尽量客观地作出；遵循先例应该成为规则而非例外，但在某种程度上又应当放松这一规则。

联系到此书出版时美国社会政治变革的大背景，其对于处于转型时期的中国也同样具有重要意义。随着市场经济体制在中国的逐步确立并走向完善，很多前所未有的新情况、新问题都日益显现，新的社会关系也在不断产生，这些都使得我们的司法在立法尚未有规定可循时却不得不裁判新的纠纷。由此，法官如何在正确考察社会事实的基础上形成正确的判决，用法官自己的良知和社会的正义标准赢得令人尊重的判决，是值得中国的法官们审慎思考的问题。反观中国的立法现状，先是有了某方面丰富的司法审判经验，才在此基础上总结出新的法律、法规。由此，法官工作的职责也多多少少地有了立法的性质。当下有关司法改革的讨论如火如荼，相信《司法过程的性质》一书对此会有所裨益。而著者卡多佐作为一名法官，他始终不忘自己的责任，对法律怀有虔诚的敬仰，对正义有着矢志不渝的追求，也为当

代中国法官们树立了一个典范。



由于本书力求通俗性，为避免学术化的形式给读者轻松阅读带来某种障碍，故而在参考文献的处理上未采取专门列出注释的方式，而将引文出处等内化于文中。体例则大体上依照原书，适当做了些细微改变，尤其是为了便于读者提纲挈领地快速了解主题思想及内容，提炼出多个小标题，一改原书作为讲演稿的长篇大论而内容相对较散不利于初学者理解的特点。

尽管编译者愿望美好，也竭尽全力做了些改变，但基于自身能力或有限，加之法律终究是一门精深的学科，难免有许多不足之处，敬请读者多提宝贵意见。

张维

· 司法过程的性质及法律的成长 ·



Cardozo
(美) 卡多佐

|| 目录 ||

编者的话 1

导读 英美法系法官裁判的经典样本 5



第一部分 司法过程的性质 1

第一讲 引论、哲学方法	2
一 法官判决是一个“化合物”.....	2
二 原则在法官制造“化合物”的过程中起了重要作用.....	3
三 有的案件直接援引法典和制定法即可.....	5
四 自由决定的方法.....	7
五 法官的工作必须以先例为起点.....	8
六 判例法的规则和原则并非终极真理.....	10
七 法官面临着一个两面性的问题.....	13
八 类推的规则或哲学的方法居于首位.....	14
九 人们偏好于司法的逻辑性.....	16
十 用正义来考察和检验哲学.....	18
十一 与大陆法学家的观点并不相悖.....	21
第二讲 历史、传统和社会学的方法	24
一 什么是历史的方法.....	24
二 历史造就了法律的发展.....	26
三 习惯的介入及其作用.....	28

四	法律的第四种指导力量	30
五	填补法律空白的重点原则应是社会福利	32
六	正义和效用是我们前进的指导方向	34
七	以宪法为例	35
八	新时代要求有新的标准和规则	38
九	法院关于理性和正义的标准必须是客观的	40
十	过去的司法裁决必须重新塑造	42
第三讲 社会学方法、法官作为立法者		45
一	社会学方法在各领域被普遍运用	45
二	法律研究最主要的问题是法律的目的	47
三	法官是否应当有一种标准作为衡量依据	49
四	法官不应把个人信仰强加于社会	50
五	逻辑、历史、习惯、效用都是推动法律进步的力量	52
六	法官只能在空白处立法	54
七	立法与司法中的造法有别	55
八	填补法律空白需要借助于社会需求	57
九	应当寻求回应现实的法律概念	59
十	法官造法不是没有边界的自由	61
十一	法官立法具有必要性	63
十二	法官要在被诸多规则限制的空间里寻求社会正义	65
十三	“马格劳德现象”和依法审判的区别	66
第四讲 遵循先例、司法过程中的下意识因素、结语		69
一	规制法官行为的还有他们的良知	69
二	判决应否有溯及既往的效力	71
三	遵循先例应当成为规则而非例外	73
四	法院有义务部门法建立在符合现实的基石上	74
五	证据法领域的相关例证	76
六	遵循先例正在减弱之中	78
七	法官应是一个集大成者	79

八 法官所面对三种案件	81
九 影响裁判的法官的下意识因素	83
十 法官也受制于人性的局限	85
十一 每个法官的奇特个性会达致某种平衡	87
十二 法律在反复的重新制作中获得持久的生命力	89

第二部分 法律的成长 91

第一讲 法律重述的必要：促进法律的确定性	92
一 历史的难题：法律的稳定与发展的平衡	92
二 法律的确定性的意义	93
三 美国法律研究所有志于法律重述	95
四 法律重述给法官松绑	97
五 庭审之外的力量对庭审的影响正在增强	98
六 大学在引导审判过程中的力量	100
七 我的两个忠告	101
第二讲 需要一种有助于法律生长的哲学	104
一 法哲学建立的必要性	104
二 法哲学的内容	106
三 什么是司法过程和法律	107
四 法院的判决才是法律吗？	109
五 作为秩序原则的法与作为道德科学的法	111
六 未达预期的法是错误的法吗？	113
七 判决与法律的关系	114
八 判决有可能被推翻	115
九 法律就是某种预期	117
十 狄骥对“规范性法规”和“建构性法规”的区分	118
十一 摒弃极端的思想认识	120
第三讲 法律的成长和裁决的方法	122
一 法官在司法过程中必然有选择行为	122

二 法官奉行的哲学对他的工作有重要影响.....	124
三 四种法官应当遵循的力量.....	125
四 为了形式牺牲正义是不值得的.....	127
五 原则或先例是探索或然性的结果.....	128
六 法律问题的解决涉及方法选择.....	130
七 没有一种方法固定地居于最高位置.....	132
八 逻辑和功利的夺权战争仍在继续.....	133
九 不同的情况下使用不同的方法.....	134
第四讲 法律的功能和目的.....	136
一 庞德对法律目的的分析.....	136
二 正义的标准无法被完全客观化.....	138
三 正义与对称和秩序原本是一致的.....	139
四 直觉在真理发展中的作用.....	140
五 法官要受到立法者所宣告的价值标准的约束.....	142
六 我们时常在充当着哲学家的角色.....	144
七 哲学常常是新情况下进行裁决的基础.....	146
八 如何使用历史的方法.....	147
九 方法应当结合在一起.....	149
第五讲 法律的功能和目的（续）：结论.....	151
一 什么是法律的功能.....	151
二 法律的功能有时候会被歪曲.....	152
三 法院一切棘手问题的根源.....	154



The Nature of the Judicial Process
& the Growth of the Law

第一部分

司法过程的性质

第一讲 引论、哲学方法

一 法官判决是一个“化合物”

每一天，法官们都在进行着裁判案件的工作，这在我国数百个法院中无一例外。但是，如果让法官们将自己这种日常工作是如何具体完整地描述出来，却很难做到。这在很多外行人看来或许不可思议，但是事实的确如此。也许有人执意想要法官对此说个明白，但他会发现，法官在这个话题上不会持续太久就将转向其他话题，理由或许冠冕堂皇：“司法过程涉及晦涩难懂的专业术语，即使告诉你，你作为没有受过法律专业训练的人，也是听不明白的。”人们可能会将法官的这种说法理解为：法官为了掩饰自己解释不了的尴尬而找的借口，当然也不排除其故弄玄虚的用意。不过，即便人们认定此二者，也还是很难在“法官是如何裁决案件”的问题上就此止步，毕竟，谁都有好奇心，加之司法关乎社会正义，人们很难在判决出台的前前后后上停止追问。因此，一旦法官们用所谓高深莫测的理由打发不掉那些执著于此问题的非专业人士，就必然要面对这一问题。

具体来说，法官需要对下列问题作出回答：我在裁判案件的过程中究竟做了哪些事情？我在所收集的信息资源中做了怎样的取舍和选择？这些信息在决定案件裁判结果上各自占了多少分量？尽管有些案件是有先例可循的，但我最终拒绝遵循先例，这又是基于怎样的考虑？而如果压根儿不存在可遵循的先例时，我又该依据怎样的规则来作出判决，而使其成为以后类似案件所应当遵循的先例？我在“造法”的过程中，如果注重追求逻辑一致及法律结构对称，又应当注意些什么问题？我的“造法”行动是否应当在其与社会习惯、公共福利、我个人的或公共道德准则发生冲突时停止？

事实上，上述这些问题，每天都出现在法官裁判案件的过程中，只不过有时候这个问题所占的比重多些，有时候另外一些问题所占的比重多些。正是对于这些不同问题的考虑，最终形成了法官判决。就此意义而言，法官判决无疑是一个包含有各种化学成分的“化合物”。在这里，法官究竟有无权力来制造出这样的化合物，并不是我所关注的重点。因为，无论我们是否认同法官造法的合理性，它都已是当下生活中的一个现实存在。法官正是在制造这一化合物的过程中完成了司法裁决。

二 原则在法官制造“化合物”的过程中起了重要作用

构成这一“化合物”的各种成分并非杂乱无序地随意丢在一起，它们的组合与各自的比重总是遵循着一定原则的，尽管这些原则从未被法官言明，或许根本就很难用语言表达，又或许仅仅是法官的下意识。但不可否认的是，原则的确在法官制造“化合物”的过程中起了重要作用。这些原则并非所有法官在某一特定时空中都会遵循的，也

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



不是某一法官在所有时刻都一成不变地予以遵守的。说到底，这里会涉及选择问题，绝非一个听天由命的问题。如何选择，究竟会涉及对哪些因素的考虑，或许是难以言喻的，但也并非无法分析。我接下来要做的工作就是试图分析这一问题。

我在分析中会对有意识的和下意识的因素作出明确划分。在认识“有意识的因素”时应当注意，有意识的因素固然更贴近于事物表层，但并不能因此就认为这些因素总是可以让人一目了然，或轻而易举地察觉并能为之命名。只能说，与下意识的因素相比，这些有意识的因素更容易被辨别和标示，而且也更容易获得认同，从而作为指导我们行动的原则。但易为人们忽略的恰恰又是对案件决定起着重要作用的在表层之下的某种力量，即下意识的因素。正是靠着这些下意识因素的作用，法官才有了自己独特的标签，并使得自己的行为能够保持前后一致。威廉·詹姆斯曾在其关于实用主义的一篇讲稿中，专门用一整页的篇幅提醒我们：即使是从从来没有听说过甚至其本身非常厌恶哲学名词和概念的人，都在事实上践行着一套自己的生活哲学。哲学，一种如潺潺流水般不间断的倾向，支撑着我们的生活，每个人都概莫能外。正是因为哲学的存在，人们的思想和行动才有了一致性和方向性。法官也是如此，一直在与一些连法官自己都无可名状的力量，如遗传本能、传统信仰、后天确信进行着博弈。博弈的结果最终形成某种对生活的认识、对社会需要的理解或是对如詹姆斯所描述的“来自宇宙的整体压力”的感受。如果上述种种因素能够平衡至某种精准的程度，那么，它们将共同决定最后的选择结果。由此，每个问题的解决结果都不可避免地存在上述背景。我们或许愿意尽我们所能去客观公正地看待事物，但我们的“客观”却永远都不可能与他人眼中的事物完全一致。无论是诉讼请求还是议会法案，无论是犯罪的穷人还是公正的君王，无论是乡规民约还是民族宪章，都必须接受这一标准的检验。

我并没有足够的信心将司法过程以某种程式的方式表达得能让我自己觉得是合理的，对于他人来说，这种表达更是大打折扣。这种技术必须借助于本学科领域外的其他知识。这就如同当我们想要研究法官造法时，必须借助于华莱士先生的定量分析法，这种方法是被证明科学有效的，尽管其原本是用于政治研究领域的。因此，当我想要把司法过程表达清楚时，也同样需要不限于法律领域的更为渊博的知识。但是，毕竟知识的获取需要时日，而在这一准备工作完成之前，一个每天致力于司法判决工作并试图使它保持生命力的法官，却还是免不了对“司法过程的性质”这一问题产生兴趣，哪怕这种兴趣是转瞬即逝的。这就是我为何将问题的研究最终转向“司法过程的性质”这一主题上来的原因。

三 有的案件直接援引法典和制定法即可

谈及“司法过程的性质”，就要涉及之前所说的“化合物”中各组成元素的比例，而比例问题又建立在这些元素究竟是什么的问题基础上。因此，我们的第一个追问便是：作为判决依据的法律，是法官从什么地方找来的。有时候，在宪法、制定法里，法官就可以找到明确可适用的依据，在这种情况下，法官所需要做的只有一件事情，那就是服从，而无须在寻找法律依据上费尽周折。法官在这种情况下造的法充其量就是生成了二等法律，因为宪法作为一等法律，高于一切法律包括制定法在内，法官的造法就是从属于由立法者创立的制定法的。但这并不意味着法典及制定法的存在就使得法官的造法显得多余，法官所做的也因此而草率和机械。

即使有法典和制定法可直接援引于具体案件中，我们还是必须

面对以下这些问题：法典和制定法本身无法避免地存在盲点，也有需要作出详细解释的不清楚之处，在具体案件中的法律适用并不容易，甚至可能产生结果实质不公的问题。人们总是以为法律解释只是为了探究藏于立法者心中的立法目的，即使这可能是非常难以捉摸甚或根本找寻不到的，却仍然被作为确定的真实存在。司法过程有时候确实如此，但更多时候又远非如此。在实践中，在司法过程中对于法律进行解释时，探究立法意图恰恰是法官所面临的所有问题中最容易的。格雷在他的一篇题为《论法律的性质和渊源》的演说中说道：“事实上，之所以在司法过程中出现法律解释的困难，是因为立法者在立法之时对后来者适用法律时所遇到的问题不可能完全预料到，也就是说，立法时根本未考虑这一问题并将其规定于法律之中。此时，法官所要做的并不是去探究立法者在立法时对某一问题的考虑如何，而是要去揣摩如果法官当时能想到这一问题的话，他会对此问题作出怎样的规定。”布鲁特也曾就此说过：法官“需要探究制定法的更深层次的含义，这是司法过程中适用法律的艰难之处。但还有比这更有难度的、更重要的工作，就是司法过程中的第二项工作，对实在法中出现的每一个空白点进行填补”。如果人们愿意，也可以称为立法。但无论如何，只要存在制定法，就不可能脱离对这一过程的需求。

如今，大陆法系中就有一个学术流派，专门研究如何在解释和建构法律中有更大的自由度，以将解释工作做好。他们认为，制定法通常都或多或少地存在着散乱于各处、安排不周详及在直接适用后产生结果实质不公的问题。所以，法官作为法律解释者及社会秩序的维持者，必须提供那些从制定法中找寻不到却在适用中不可忽略的要素，以纠正法律适用的不确定性，并通过“科学的自由寻找”，即通过自由决定的方法使得审判结果符合正义的要求。惹尼、埃利希、格梅林及其他一些人都持上述观点。

按照惹尼的说法，法院应当“从隐藏于法院需要处理的各种事

实背后的各种社会因素中去探究并寻找到有助于案件解决的真正有用的，我们称为活跃的力量”。可见，法院所掌握的权力是非常大的，而正如所有的权力都不可避免被滥用一样，司法权也有可能被滥用。但即便如此，我们也不必过分担心法院被赋予的权力太大。埃利希曾经说过：“只有法官的人格才能够保证正义的实现，除此之外别无他途。”这是从长远的意义上来说的。它同样可以用于我国的法律适用，因为我国的法律适用一样面临着法律的文本规定与其内涵精神存在差异的问题。

四 自由决定的方法

首先以宪法适用为例。时至今日，上文所讲述到的自由决定的方法已经成为宪法领域用得最多的方法。宪法的规定多为概括性，这就使得它可以随着时代变迁而被添加进新的含义。而这种看似随世事变幻莫测的现象，却可以通过自由决定的方法来实现某种恒定不变，因为它能够将某些具有阶段性的问题点破。由此，法律解释就不必拘泥于立法者意图和立法者想要表达的意思了，解释的范围和功能可以被扩大。法律解释可以补充立法，填补它的空白，而事实上这种功能在习惯法的形成过程中也获得过运用。即便法典和其他制定法的修改、废止或限制性规定会威胁到司法的这项功能，但是基于其本身是应运而生，且正是因为司法可以不断回应人们的需求，所以司法才得以发展延续并繁荣至今。尽管当年查士丁尼曾专门下过命令，禁止人们对《查士丁尼法典》及相关法律作出任何评论，但这一禁令已经在实践中被证明完全落空。

宪法和制定法作为法律渊源的重要性在此姑且不谈。固然，法官

在对宪法和制定法作出解释的过程中也会遇到难题，但是与法官处理其他事务遇到的难题相比，其在类型和程度上并无特别之处。而且，在我看来，与其将精力花在这些难题的求解之上，倒不如先去搞清楚其他问题。毕竟相关问题在宪法和制定法里都已规定得很清楚，所以这一领域的难题并不算多。而即便偶遇有规定含糊不清的状况，在解释它们的时候，也会因为其本身所内含的微妙元素，使得我们难以在此施展创造力。只有在宪法和制定法中寻找不到具体的法律依据时，我们才有可能进入创造的神秘地带，探究可以适用于个案的具体规则。布莱克斯通曾经生动地把法官描述为“活的法律的宣示者”。那接下来，就让我们看看这些法律的宣示者们在自己的日常工作中，是如何不偏不倚地运用实用主义哲学来开展工作的。

五 法官的工作必须以先例为起点

法官所要做的第一件事情，是将他手头的案件与之前的某些先例进行比对，这些先例可能凭记忆就可以找到，也可能还需要他去摆放在桌头的书卷中寻找。将先例摆在首要位置，并不意味着先例才是法律的终极渊源，而是因为先例是存放于法律武器库中唯一的装备，也就是梅特兰口中的“法律车间”的唯一工具。某些基本的法律概念需要从先例中挖掘，而它们本身又是司法推理的前提；还有一样更深层次的东西隐藏在基本法律概念的背后，它就是社会生活习惯及社会制度等。二者之间彼此作用，形成某种互动关系，受社会生活习惯及制度影响的法律概念，也会反过来影响乃至修改后者。

在我们这样一个法治高度发达的国家，先例所涵盖的领域几乎是无所不包的，这就决定了法官的工作必须以先例为起点。法官的首

要工作通常就是考察和比较先例。如果发现先例与手头的案件恰好契合，且并无含糊之处，法官的工作就相当轻松了，几乎无须再做任何多余的事情了。遵循先例是我们普通法系法官进行工作的基本规则。当然，某些时候我们也会放弃遵循先例，但这是极少发生的例外情况。关于这一点我会专门再讲。在这里我还是先讲遵循先例。

通常所做的依照和手头案件明显相符的先例作出裁决的工作，与直接按照制定法决定案件的性质的工作并无不同。除了寻找和比较这两项工作内容以外，这一过程几乎很少再需要做别的事情。这几乎是我们中一部分法官的全部工作内容。他们自认为，自己的职责就是将手头的案件与摊在他面前的许多样品案件进行色彩比对。最后将色彩与手头案件最接近的样品案件拿来，从中提取适用于手头案件的规则。但需要注意的是，没有一个有生命力的法律制度可以仅仅通过这样的工作流程来实现延续和发展，也没有一个名副其实的高级法院的法官，会就此定义自己的职责。如果以之为法官的全部职责，我看连我们自己都不会对这样一个不包含任何智慧元素的工作感兴趣。而那些只要会做案件卡片索引工作的人，也就足以成为所谓最杰出的法官了。

事实恰恰相反。严格意义上的法官工作只有在色彩比对失败，查看索引也未能成功，也就是根本找不到可援引的先例时，才真正开始。此时的法官需要为诉讼当事人专门制作法律。对此，培根曾经有过一段经典的表述：“很多时候，促使你作出司法判决的因素或许是某个个体的，但由此产生的判决理由和结果却可能影响到所有人的财产。”今天的裁决结果将是决定明天是非对错的依据。如果法官能够认识到自己裁决的重要性，因此希望自己作出的判决是明智的，那他就必须运用恰当的原则，在各种可能获得法律认可的判决中选择出正确的。

精神如同物质一般，也有一种类型再生产的能力和倾向。每一个

判决也具有繁殖力，即按照自己的样子进行再生产。这就是雷德林克所谓的每一个先例“对未来的同类或类似性质的案件具有某种指导力量”。在判决宣布之前，先例的形式和内容都无从确定，很多原则都可能在其中发挥主导作用，施加自己的影响力。一旦判决宣布，它将成为先例家族中的新成员，由此成为法律渊源。而从它那里产生出的某些新的原则和规则，将影响到日后的类似案例。如果我们硬要去探究何以能如此的精神基础，我想应该是习性使然。无论如何，法律制度中的一个新生力量就这么产生了。

六 判例法的规则和原则并非终极真理

但是，并非每一个判决孕育出来的所有原则都能够顺利长成。一些在经验的检验标准面前不能证明自身价值和能量的先例，会随着时间的流逝被无情地抛弃。这就是普通法的运作原理：它是归纳，从具体中推导出一般；而非演绎，从所谓普适性的永恒真理中推导出具体。芒罗·史密斯对于这一过程的表述令人叹为观止：“以规则和原则的形式来表述社会正义感，会发现法律专家们所运用的方法总是实验性的。而判例法的规则和原则也并未被当做终极真理，它们只是可资利用的假说，在那些重大的法律实验室，即法院中，被不断地重复检验。一个新案件就是一个实验。如果感觉到某个貌似可以适用且已经被接受了规则在适用中产生了不公正的结果，便会重新考虑这一规则能否被适用。也许不是立刻就会修改，因为试图使每一个案件都达到绝对的公正，就不可能发展和保持一般的规则；但是，如果一个规则不断造成不公正的结果，它一定会被重新塑造。这些原则不断地被重复检验，只要从它们中推导出来的规则被证明不起作用，它们就

免不了要受到重新的检验。”

重新检验规则需要某种方法，下面的例子可以帮助我们认识这种方法。50年前，有一个被认为是一般性的原则：只要甲的活动不损害公共利益，即便他就是以侵害乙的利益为目的，他也可以自行其是。最常见的情况是，为了给邻居带来不便而恶意建立起篱笆，此时不承担侵权责任就被认为是一个普遍规则而非例外。就规则本身而言，如果只将其适用于一个成分单一且社会结构趋于同质的某个社会，仅调整居住在此的人们之间的关系的话，这个规则也许可以一直用下去。但是，如果将其运用于社会关系复杂的环境中，这一规则就显得力不从心了。在争议数额较大或案情较为复杂的个案中，如果我们还是试图用旧的原则来裁判，结果将只会产生出错误，我们预想的正义的结果也不会到来。这就需要对旧有的原则进行再审视和重述。

时至今日，大多数法官已经越来越趋于认同这一点：曾经被认为是例外的才是规则，而曾经被认为是规则的原来只是例外。上面所提到的那个规则也就会变为：甲在做自己事情的时候，除非确有合乎情理的和正当的原因，否则永远都不能有任何旨在伤害他人的行为。将重述过的规则适用于新出现的具体争议，其结果会与争议本身更为协调，也更趋于达到正义，更重要的是，它更符合社会福利的要求。以这种方式修正规则的工作是循序渐进的，效果会在几十年甚至几个世纪后才显现出来，其背后是一种类似于冰川移动的力量和压力。

这一力量值得引起重视。“从来没有哪一个信条未被撼动，从来没有哪一个曾经备受赞同的教条未显出过疑点，从来没有哪一个我们传承下来的传统未受到过质疑。”这是40年前一位传记作家针对他所生活的那个时代所写下的，在那个时代里，怀疑主义正日趋盛行。这句话同样适用于对法律发展史的描述。今天的某个规则很有可能同曾与其对立的规则相匹配。比如，按照今天的规则，一个人通常只有